

Essentie: UAV-GC 2005. Opdrachtgever is alleen verantwoordelijk voor onjuiste informatie en staat niet in voor volledigheid van de verstrekte informatie. Tegenvallers zijn voor rekening en risico van Opdrachtnemer.

Nr. 36.364

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

in een geschil tussen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid A., inmiddels genaamd B., hierna aangeduid als "Opdrachtnemer",

e i s e r e s,

gemachtigden: mr. K. Roordink en mevrouw mr. L.H. Muller, advocaten te Nijmegen,

en

de publiekrechtelijke rechtspersoon GEMEENTE, hierna aangeduid als "de Gemeente",

v e r w e e r s t e r,

gemachtigde: mr. drs. M. Straatman, advocaat te Rotterdam.

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekenden, mevrouw PROF. MR. DR. M.A.B. CHAO-DUIVIS, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, ING. P.J.H.H.M. VOS, en IR. H.H.M. WITTEVEEN, beiden lid-deskundige van dit College, zijn overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslie-den in dit geschil. Arbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 11 juli 2018 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mevrouw mr. M.T.Y. Kokee, secretaris.

DE PROCEDURE

2. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de memorie van eis, met producties 1 tot en met 112, bij het secretariaat van de Raad binnengekomen op 2 maart 2018;
 - de memorie van antwoord, met producties 113 tot en met 146;
 - de memorie van repliek tevens wijziging van eis, met producties 147 tot en met 155;
 - de memorie van dupliek, met producties 156 tot en met 162;

- de brief van 22 februari 2019 van mr. drs. Straatman, met producties 163 tot en met 165;
 - de akte overlegging producties van 22 februari 2019 van Opdrachtnemer, met producties genummerd 164 tot en met 174;
 - de brief van 8 maart 2019 van mr. drs. Straatman, met producties 175 en 176;
 - de brief van 8 maart 2019 van mr. drs. Straatman, met producties 177 en 178;
 - de brief van 13 maart 2019 van mr. drs. Straatman, met productie 179 (reactie op productie 171 van Opdrachtnemer);
 - de brief van 14 maart 2019 van mr. Roordink, met productie 180 (akte statutenwijziging);
 - de brief van 18 maart 2019 van mr. drs. Straatman, met productie genummerd 180;
 - de pleitnotities van mrs. Roordink en Muller;
 - de pleitaantekeningen van mr. drs. Straatman, met bijlagen (sheets presentatie);
 - de akte van 3 april 2019 van Opdrachtnemer, met productie 181 (commentaar op producties 177 en 178 van de Gemeente);
 - de antwoordakte na pleidooi van 15 april 2019 van de Gemeente.
3. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op 20 maart 2019.
 4. Na de mondelinge behandeling hebben beide partijen nog een akte genomen.
 5. Arbiters zijn op 21 augustus 2019 in raadkamer bijeen geweest.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid

6. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheidrechtelijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Van toepassing is het arbitragereglement van 15 februari 2016.

de feiten

7. Tussen partijen staat het volgende vast:
 - a. Op 16 november 2011 is de Gemeente de aanbestedingsprocedure gestart van het project C. te X. op het terrein van de voormalige D. conform de concurrentiegerichte dialoog op basis van het Aanbestedingsreglement Werken 2005. Opdrachtnemer heeft op 11 juni 2013 de Definitieve

aanbieding gedaan, op basis waarvan de Gemeente op 12 september 2013 de uitvoering van het project heeft opgedragen aan Opdrachtnemer.

- b. Partijen hebben drie overeenkomsten gesloten voor het ontwerp, de realisatie, het onderhoud en facilitaire dienstverlening ten behoeve van een cultuurgebouw, woningen, een openbare parkeergarage, openbaar gebied en commerciële voorzieningen.
- c. In geschil is de 'Basisovereenkomst C. van 12 september 2013 (verder: de Basisovereenkomst), die betrekking heeft op het ontwerp en de realisatie van het cultuurgebouw, de openbare parkeergarage en het openbaar gebied (verder: het Werk), alsmede het meerjarig onderhoud van het cultuurgebouw en de openbare parkeergarage.
- d. Artikel 1.2 van de Basisovereenkomst bepaalt dat van toepassing zijn de UAV-GC 2005 en de daarop door de Opdrachtgever aangebrachte wijzigingen, zoals vermeld in annex X bij de Vraagspecificatie.
- e. Artikel 8.1 van de Basisovereenkomst bepaalt dat a) de Opdrachtgever in annex V bij de Vraagspecificatie en in de Outputspecificatie voorschriften heeft opgenomen voor de wijze waarop de Opdrachtnemer dient om te gaan met de materialen en afvalstoffen die vrijkomen in het kader van de Uitvoerings- en Onderhoudswerkzaamheden, b) de Opdrachtgever geen uitputtend overzicht heeft opgesteld van de te verwachten materialen en afvalstoffen, c) indien er materialen vrijkomen waaromtrent niets is bepaald in de bedoelde annex, de Opdrachtgever binnen een redelijke termijn alsnog bepaalt wat daarmee moet gebeuren en d) de Opdrachtnemer geen recht heeft op een kostenvergoeding en/of termijnverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en/of deponering van materialen en/of afvalstoffen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GV 2005 aansprakelijk is.
- f. In annex V ("VRIJKOMENDE MATERIALEN") is het volgende opgenomen:
 - "1. Materialen vervallen aan Opdrachtnemer
 - 1.1. Alle materialen die vrijkomen vanwege de Werkzaamheden van de Opdrachtnemer vervallen aan de Opdrachtnemer.
 - 1.2. De Opdrachtnemer heeft de plicht om de Opdrachtgever te informeren en advies te vragen over alle vrijkomende materialen waarvoor een apart regime geldt, zoals het afvoeren van milieubelastende of vervuilde materialen.

- 1.3. De Opdrachtnemer zorgt voor eigen rekening voor de afvoer van de aan hem vervallen vrijgekomen materialen van het Werk, en neemt voor vervoer en afvoer de daarvoor geldende wettelijk en bijzondere regelgeving in acht.
 - 1.4. De Opdrachtnemer heeft geen aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging vanwege de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en deponeering van materialen, ongeacht of hij daarvan op de hoogte was of kon zijn, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in § 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is.
 - 1.5. Vrijkomende materialen die afvalstoffen bevatten dienen van elkaar gescheiden gehouden te worden indien er een risico bestaat dat vermenging met andere (vrijkomende) materialen kan optreden. De Opdrachtnemer neemt voor eigen rekening maatregelen daartoe.
2. Afvalstoffen
 - 2.1. Alle stoffen vrijkomend uit onderhavig Werk, die vallen onder de definitie van afvalstoffen in de Wet Milieubeheer zijn afvalstoffen als bedoeld in deze annex V. Dit omvat mede eventueel asbest dat vrijkomt bij sloop- en graafwerkzaamheden.
 - 2.2. Voor aanvang van de Uitvoeringswerkzaamheden stelt de Opdrachtnemer voor de vrijkomende afvalstoffen een "Materiaalstromenplan Afvalstoffen" op, waarin wordt vastgelegd hoe de Opdrachtnemer met vrijkomende materialen omgaat. Daarin dienen de planning, de aard van de vrijkomende afvalstoffen, de hoeveelheden, de wijze van afvoer of verwerking en de te volgen procedures te worden opgenomen. Het materiaalstromenplan wordt voorafgaande aan de Uitvoeringswerkzaamheden ter Acceptatie aangeboden aan de Opdrachtgever.
 - 2.3. De Opdrachtnemer dient gedurende de uitvoering van het Werk het in lid 2 bedoelde materiaalstromenplan bij te houden en het voor de definitieve oplevering van het Werk aan de Opdrachtgever te verstrekken. In het materiaalstromenplan dient de Opdrachtnemer aan te geven hoe is omgegaan met de afvalstoffen.
 - 2.4. De Opdrachtnemer vertegenwoordigt de Opdrachtgever bij de verwerking van afvalstoffen. Hiertoe dient de Opdrachtnemer de procedure te volgen die door het bevoegd gezag wordt voorgeschreven en informeert hij de Opdrachtgever terstond schriftelijk over gemaakte afspraken met het bevoegd gezag.
 - 2.5. Afvalstoffen dienen door een, door het bevoegd gezag erkende, vervoerder te worden afgevoerd naar een, door het bevoegd gezag erkende, (eind)verwerkingsinrichting of dienen te worden afgevoerd door een, door de

Opdrachtnemer in te schakelen en door het bevoegd gezag erkende, inzame-
laar; één en ander met inachtneming van de Wet Milieubeheer.

- 2.6. De Opdrachtnemer verstrekt de Opdrachtgever na elke periode van 3 maanden de bewijzen van vervoer en acceptatie van de in de betreffende periode afgevoerde afvalstoffen. Op de bewijzen van acceptatie moeten de naam, het adres van de inrichting, de aard, de hoeveelheid, de herkomst en de naam en het adres van de vervoerder van de materialen zijn vermeld.
 - 2.7. Alle kosten verband houdend met de aanwezigheid, verwijdering, afvoer en deponering van afvalstoffen zijn voor rekening van de Opdrachtnemer, behoudens indien de Opdrachtgever hiervoor op de voet van het bepaalde in § 3 lid 2 UAV-GC 2005 aansprakelijk is.
 - 2.8. Tenzij in deze Overeenkomst anders is aangegeven, dienen afvalstoffen direct van het Werk te worden afgevoerd."
- g. In annex X ("WIJZIGINGEN OP DE UAV-GC-2005") is het bepaalde in paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 vervangen door de volgende tekst:

"De Opdrachtgever is verantwoordelijk voor de inhoud van alle informatie die door middel van de Aanbestedingsdocumenten aan de Opdrachtnemer ter beschikking is gesteld. De Opdrachtgever staat niet in voor de volledigheid van de gegevens en informatie die door hem voorafgaand aan de ondertekening van de Basisovereenkomst aan de Opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld en/of ter inzage zijn gegeven. De Opdrachtnemer dient zelf te beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn, rekening houdend met zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst.

De Opdrachtgever heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst milieuhygiënisch onderzoek doen verrichten op en nabij het terrein en het water alwaar het Werk moet worden gerealiseerd. De resultaten daarvan zijn als Bijlage bij de Outputspecificatie DBM gevoegd. De Opdrachtgever staat in voor de juistheid van de daarin opgenomen bodemonsters, zulks onverminderd de waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer. In het verlengde van het bepaalde in de voorgaande alinea dient de Opdrachtnemer echter zelf te beoordelen of de gegevens (voldoende) volledig zijn. De Opdrachtnemer realiseert zich dat de Opdrachtgever geen gegevens heeft verstrekt met betrekking tot de toestand van de bodem onder het D.-gebouw. De Opdrachtnemer is in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaande aan het sluiten van de Overeenkomst in de gelegenheid gesteld desgewenst zelf nader milieuhygiënisch bodemonderzoek te (doen) verrichten. De Opdrachtnemer dient voorts zelf te beoordelen of de in de onderzoeken opgenomen interpretaties van feitelijke gegevens juist zijn; deze interpretaties komen voor rekening en risico van de Opdrachtnemer.

De Opdrachtgever heeft in het kader van de aanbestedingsprocedure voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst asbestonderzoek doen verrichten in het D.-gebouw. De resultaten daarvan zijn als Bijlage bij de Outputspecificatie DBM gevoegd. Indien de werkelijke hoeveelheid aangetroffen asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de asbestinventarisatie is zulks voor risico van de Opdrachtnemer (en valt dus binnen de scope van de door hem uit te voeren Werkzaamheden), behoudens indien door de Opdrachtnemer feitelijke onjuistheden in de asbestinventarisatie worden aangetoond.

In afwijking van het vorenstaande is de vondst van niet gesprongen explosieven (NGE's) op het Werkterrein en de vondst van grote archeologische bodemschatten op het Werkterrein, zoals beschreven in de demarcatietabel die als Bijlage aan de Outputspecificatie DBM is gehecht, voor rekening en risico van de Opdrachtgever."

het geschil

8. De vordering van Opdrachtnemer luidt, na wijziging van eis, als volgt:

"Dat uw Scheidsgerecht, bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een bedrag groot € 3.553.913,33 te vermeerderen met de daarover verschuldigde BTW, te vermeerderen met de rente conform par. 42 lid 2 UAV-GC 2005 te vermeerderen met 2% vanaf 14 dagen na 1 juli 2016, althans vanaf 14 dagen na indiening van deze memorie van eis, althans een door uw scheidsgerecht in redelijkheid te bepalen datum tot de dag der algehele voldoening;
- II. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een vergoeding van door Opdrachtnemer gemaakte kosten van Royal HaskoningDHV groot € 26.494,00, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van indiening van deze memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;
- III. de Gemeente veroordeelt aan Opdrachtnemer te betalen een vergoeding van door Opdrachtnemer gemaakte kosten van Bureau de Bont groot € 42.075,00, een en ander te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de dag van indiening van deze memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;

- IV. de Gemeente veroordeelt in de kosten van deze procedure, waaronder een vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand van Opdrachtnemer.”
9. De Gemeente voert gemotiveerd verweer. Zij concludeert bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de vorderingen van Opdrachtnemer af te wijzen en Opdrachtnemer te veroordelen in de kosten van het geding, de advocaatkosten van de Gemeente daaronder begrepen, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf beoelde termijn voor voldoening.

de beoordeling van het geschil

10. De door Opdrachtnemer gevorderde hoofdsom van € 3.553.913,33 is als volgt opgebouwd:
- | | | |
|-------------------------------------|----------------|---|
| - VTW 223 (asbest) | € 120.888,76 | |
| - VTW 243 (obstakels) | € 1.411.215,56 | |
| - VTW 253 (sanering) | € 1.452.227,00 | |
| - VTW 272 (afwijking saneringsplan) | € 144.013,32 | |
| - VTW 273 (planningsconsequenties) | € 425.568,69 | + |
| totaal: | € 3.553.913,33 | |
11. Opdrachtnemer baseert haar aanspraken op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005 en haar aanspraken ten aanzien van vervuilde obstakels en bodemverontreiniging primair op paragraaf 13 UAV-GC 2005.
12. De Gemeente betwist dat zij gehouden is tot kostenvergoeding en maakt daarnaast bezwaar tegen de hoogte van de gevorderde kosten.
13. Arbiters stellen voorop dat uitgangspunt van de UAV-GC 2005 is dat de Opdrachtgever bepaalt welke informatie hij beschikbaar stelt aan de Opdrachtnemer, behoudens het bepaalde in paragraaf 3 lid 1 sub a UAV-GC 2005 (zie ook RvA 16 februari 2018, nr. 35.734). Op grond van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 is de Opdrachtgever verantwoordelijk voor de inhoud van de door hem aan de Opdrachtnemer ter beschikking gestelde informatie, behoudens het bepaalde in paragraaf 4 lid 7 UAV-GC omtrent de waarschuwingsplicht van de

Opdrachtnemer. Dit uitgangspunt is ook van toepassing in de in annex X gewijzigde tekst van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005.

14. Onvolkomenheden in de informatie die leiden tot fouten in de aanbidding kunnen onder omstandigheden op grond van het bepaalde in paragraaf 44 lid 1 aanhef en sub b UAV-GC 2005 recht geven op kostenvergoeding en/of termijnverlenging. De verantwoordelijkheid van de Opdrachtgever voor de ter beschikking gestelde informatie is in dit geval uitdrukkelijk beperkt tot informatie die onjuist zou zijn. Van die verantwoordelijkheid is uitgesloten dat de informatie onvolledig zou zijn. Arbiters achten deze beperking niet ongeoorloofd. Van een afwijking van de UAV-GC 2005 is geen sprake, nu in de UAV-GC 2005 slechts gesproken wordt van "*inhoud*" van de informatie en niet van de omvang daarvan. Voor onvolledige informatie staat de Opdrachtgever derhalve niet in. Een redelijke uitleg van de begrippen "juistheid" en "feitelijke onjuistheden", zoals in annex X gebruikt, brengt echter wel mee dat indien, niettegenstaande de uitsluiting van de verantwoordelijkheid voor het onvolledig zijn van de informatie, de verstrekte informatie de indruk wekt of redelijkerwijs heeft mogen wekken dat de informatie op een of meer onderdelen wel volledig is, terwijl dat feitelijk niet het geval is, de informatie alsdan ook onder het begrip onjuist valt en aanleiding kan geven tot kostenvergoeding en/of termijnverlenging.

VTW 223 (asbest) € 120.888,76

15. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van asbest in het D.-gebouw op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005.
16. In juli 2014 hebben partijen overeenstemming bereikt over werkwijze, planning en prijs van de asbestsanering, onder de aantekening dat er discussie blijft over "de allocatie" (productie 13 MvE). De overeengekomen prijs is € 120.888,76.
17. Tussen partijen staat vast dat de Gemeente aan Opdrachtnemer een rapport van E. van 22 augustus 2011 (productie 8) heeft verstrekt, waaruit blijkt dat er een asbestinventarisatie type A heeft plaatsgevonden. Dit is een visuele inspectie. In paragraaf 2.6 van het rapport van E. staat onder het kopje 'Algemene beperkingen van het onderzoek' vermeld dat geen onderzoek is verricht in verborgen ruimten en verborgen holle ruimten in constructies en dat niet volledig kan worden uitgesloten dat bij verbouwingswerkzaamheden of eventuele sloop van het visueel geïnventariseerde gebouw asbesthoudende elementen

worden aangetroffen welke niet als zodanig zijn gedetecteerd. Dit hangt, aldus nog steeds E., onder meer samen met het veelal ontbreken van adequate besteksgegevens, historische onderhoudsgegevens en/of niet visueel of lastig te detecteren elementen. E. concludeert in paragraaf 1.4 van haar rapport onder het kopje 'Conclusies en aanbevelingen' dat tijdens de asbestinventarisatie geen specifieke beperkingen zijn aangetroffen en het "*ons inziens*" derhalve niet noodzakelijk is dat direct voorafgaand aan de daadwerkelijke sloopwerkzaamheden aanvullend asbestonderzoek type B wordt uitgevoerd. Voor het geval asbesthoudend materiaal wordt aangetroffen wordt in hoofdstuk 4 van het rapport per element de voorgestane saneringswijze en de Risicoklassen voor asbestsanering aangegeven.

18. Paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 – zoals gewijzigd in annex X – bepaalt dat indien de werkelijke hoeveelheid aangetroffen asbest tegenvalt ten opzichte van de prognose in de asbestinventarisatie zulks voor risico is van de Opdrachtnemer (en dus binnen de scope van de door hem uit te voeren Werkzaamheden valt), behoudens indien door de Opdrachtnemer feitelijke onjuistheden in de asbestinventarisatie worden aangetoond.
19. Op 12 juni 2014 is tijdens de sloop van het D.-gebouw asbest aangetroffen. In verband daarmee was Opdrachtnemer wettelijk gehouden een asbestinventarisatie type B uit te voeren. Dit onderzoek is in opdracht van Opdrachtnemer uitgevoerd door Aveco de Bondt. Daarbij zijn asbesthoudende stelplaatjes en afstandhouders aangetroffen tussen de gevelelementen en de draagconstructie van het gebouw. Opdrachtnemer vordert in deze procedure de kosten het type B onderzoek en de asbestsanering (tot een bedrag van € 120.888,76). Zij stelt daartoe 1) dat zij er op basis van de informatie uit het rapport van E. geen rekening mee behoefde te houden dat een type B onderzoek noodzakelijk was en 2) achteraf is gebleken dat deze informatie onjuist was. Het voorbehoud en exoneration ziet volgens Opdrachtnemer enkel op de rechtsverhouding met de Gemeente en niet ook op derden (i.c. Opdrachtnemer).
20. Arbiters volgen Opdrachtnemer niet in deze stellingname. In het rapport van E. staat niet dat er geen asbest in het gebouw aanwezig is of dat daarvan uitgegaan mag worden. Aldus is er geen sprake van een onjuiste mededeling van E.. Opdrachtnemer wist op basis van het rapport van E. of had daaruit kunnen

begrijpen dat er mogelijk asbest aanwezig zou kunnen zijn in visueel niet of moeilijk toegankelijke delen van het gebouw, zoals de gevelelementen. Zij heeft ook in haar Definitieve aanbidding van 11 juni 2013 voorzien in een asbestinventarisatie type B met betrekking tot het D.-gebouw (productie 1; Sloopveiligheidsplan, pagina 72, paragraaf 9C sub 5). Dat Opdrachtnemer van aanvullend onderzoek heeft afgezien vanwege de opmerking in het rapport dat dit direct voorafgaand aan de sloop niet noodzakelijk was, strookt niet met de aanbidding. Arbiters kunnen daarom niet anders dan aannemen dat de kosten en risico's in de aanbidding waren ingeprijsd.

21. De conclusie is dat er geen grond is voor kostenvergoeding ex paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005. Deze vordering wordt afgewezen.

VTW 243 (obstakels)

22. Deze VTW is onderverdeeld in 37 VTW's (VTW 243 Algemeen en VTW 243.1 tot en met VTW 243.36).
23. De Gemeente heeft becijferd dat Opdrachtnemer € 824.848,06 vordert in verband met de aanwezigheid van schone obstakels (VTW's 243: 8, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 en 36), € 326.798,43 in verband met de aanwezigheid van vervuilde obstakels (VTW's 243: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 14, 19, 20, 21, 22, 23 en 27) en daarnaast nog € 179.311,67 in verband met de aanwezigheid van extra funderingspalen onder het D.-gebouw (VTW 243.26). Zie randnummers 132, 133, 211 en MvA. Opdrachtnemer heeft hier geen bezwaren tegen geuit. Met het gevorderde bedrag van € 67.623,81 voor VTW 243 Algemeen komt het totaalbedrag voor VTW 243 daarmee op € 1.398.581,96, zoals aanvankelijk bij eis gevorderd door Opdrachtnemer. Bij repliek heeft Opdrachtnemer de eis wat betreft VTW's 243.29 tot en met 243.35 vermeerderd met in totaal € 12.633,60, zodat de vordering in verband met de aanwezigheid van schone obstakels uitkomt op € 837.481,66 en de totale vordering voor VTW 243 op € 1.411.215,56.
24. De VTW's met betrekking tot vervuilde obstakels en sanering zijn (primair) gebaseerd op paragraaf 13 UAV-GC 2005 en lenen zich om die reden voor gezamenlijke behandeling. Arbiters behandelen eerst de schone obstakels en de extra funderingspalen en daarna de vervuilde obstakels en VTW 253 (sanering).

Schone obstakels (€ 837.481,66)

25. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van schone obstakels op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto de gewijzigde paragraaf 3 lid 2 en/of paragraaf 3 lid 1 sub b UAV-GC 2005 (randnummer 116 MvE).
26. Tussen partijen is niet in geschil dat ervan uit diende te worden gegaan dat er obstakels in de bodem aanwezig zouden zijn (productie 53).
27. Opdrachtnemer stelt dat zij er op basis van de verstrekte informatie van uit mocht gaan dat deze obstakels maximaal zouden bestaan uit kleinschalig schoon puin (500 x 500 x 500 mm) dat met een hydraulische kraan verwijderd kon worden (randnummer 52 MvE) c.q. funderingsresten (randnummer 114 MvR). Zij hoefde geen rekening te houden met de aanwezigheid van volledige fundaties van voormalige gashouders gevuld met verontreiniging (randnummer 115 MvR). Tijdens het werk zijn echter meerdere schone obstakels aangetroffen, die niet waren gemeld door de Gemeente. Daarnaast zijn obstakels aangetroffen die vervuild waren en die conform het saneringsregime moesten worden verwijderd. Een en ander heeft geleid tot diverse beheersmaatregelen en inefficiëntie (randnummer 55 MvE).
28. De Gemeente voert als verweer aan dat partijen uitdrukkelijk hebben onderhandeld over de risicoverdeling met betrekking tot de aanwezigheid van ondergrondse obstakels (en bodemverontreiniging en asbest) en dat Opdrachtnemer ervoor heeft gekozen haar inschrijving in te dienen, waarbij zij tevens tegenvallers accepteerde, behoudens in geval van onjuiste informatie afkomstig van de Gemeente. De Gemeente heeft er bij herhaling op gewezen dat zij niet wist of de verstrekte informatie volledig was. Paragraaf 3 lid 2 UAV-GC - zoals gewijzigd in annex X - bepaalt dat de Opdrachtgever niet instaat voor de volledigheid van de gegevens en informatie die door hem voorafgaand aan de ondertekening van de Basisovereenkomst aan de Opdrachtnemer ter beschikking zijn gesteld en/of ter inzage zijn gegeven. De Opdrachtnemer dient zelf te beoordelen of deze gegevens en informatie (voldoende) volledig zijn, rekening houdend met zijn verplichtingen uit hoofde van de Overeenkomst. Opdrachtnemer heeft, aldus de Gemeente, dan ook alleen recht op kostenvergoeding indien zij aantoont dat de Gemeente onjuiste informatie heeft verstrekt en de

Opdrachtnemer hiervoor niet behoefde te waarschuwen (zie randnummers 140 t/m 142 MvA).

29. Opdrachtnemer heeft hier ten aanzien van de schone obstakels in randnummer 109 MvR tegenover gesteld dat zij met de verstrekte gegevens tijdens de tenderfase in de veronderstelling is geweest volledig te zijn geïnformeerd door de Gemeente.
30. Arbiters overwegen dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de verstrekte informatie niet volledig was. Dat funderingsresten alleen bestaan uit kleinschalig puin is een aanname van Opdrachtnemer die nergens op gebaseerd is. In de overeenkomst (annex X) is voorzien in vondsten die voor risico van de Gemeente zijn, te weten NGE's en (bepaalde) grote archeologische vondsten. Andere vondsten dan beschreven in de bijlage van de Outputspecificatie (en NGE's) zijn dus voor risico van Opdrachtnemer. Dat in paragraaf 3.5 van het onderzoeksrapport uit 2007 (waarover hierna meer) wordt aangegeven dat de gashouders zijn gesloopt, zoals Opdrachtnemer stelt in randnummer 113 MvE, laat de aanwezigheid van fundaties van de voormalige gashouders onverlet.
31. Partijen hebben nog gediscussieerd over het verkennend vooronderzoek dat de gemeente in 2007 heeft laten verrichten (productie 15). Arbiters merken ter zake op dat Opdrachtnemer wist dat het ging om verkennend vooronderzoek in het kader van het voornemen om de locatie te ontwikkelen en niet om onderzoek in het kader van een vermoedelijk geval van ernstige bodemverontreiniging in de zin van de Wet bodembescherming. Het verwijt van Opdrachtnemer dat het verkennend vooronderzoek onjuist is, omdat er sprake was van een vermoedelijk geval van ernstige bodemverontreiniging in de zin van de Wet Bodembescherming en daarnaar onderzoek had moeten worden gedaan overeenkomstig Voornorm NVN 5725:1999 is niet terecht. De Gemeente was niet verplicht dat onderzoek te doen. Zij heeft aan Opdrachtnemer de informatie verstrekt waarover zij beschikte en die informatie was beperkt, maar niet onjuist.
32. Conclusie uit het voorgaande is dat deze vordering dient te worden afgewezen.

Extra funderingspalen onder het D.-gebouw (€ 179.311,67)

33. Opdrachtnemer baseert deze vordering op paragraaf 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005.
34. Opdrachtnemer stelt dat zij door een constructeur heeft laten uitrekenen dat er op basis van het gewicht van het D.-gebouw 135 palen zouden moeten zitten. Opdrachtnemer heeft een onzekerheidsmarge gehanteerd en is in haar aanbieding uitgegaan van 150 palen.
35. De Gemeente stelt dat zij het palenplan aan Opdrachtnemer heeft toegezonden via een zip-bestand. Opdrachtnemer betwist dat het palenplan daar bij zat.
36. Onweersproken is dat het palenplan de juiste informatie geeft, nl. 321 palen (zie randnummer 162 MvR). Dit aantal is destijds gekozen omdat rekening werd gehouden met een extra bouwlaag. Dit was Opdrachtnemer echter niet bekend.
37. Arbiters stellen voorop dat bij een project als het onderhavige een goed tekeningenbeheer met een strakke organisatie van cruciaal belang is. Partijen hebben ter zitting desgevraagd aangegeven dat voor de verzending van het zip-bestand WeSendit.com is gebruikt. Alle toegevoegde bestanden plegen dan aan te komen. Opdrachtnemer geeft niet aan welke bestanden zij (zelf) heeft ontvangen. Denkbaar is dat er in de communicatie tussen Opdrachtnemer en haar onderaannemer F. een fout is gemaakt. Wat daarvan ook zij, arbiters zijn van oordeel dat van een professionele partij mag worden verwacht dat er om informatie wordt gevraagd alvorens men zelf een berekening gaat maken. Eerst na de gunning heeft Opdrachtnemer zelf onderzoek gedaan en bleek de tekening eenvoudig te verkrijgen via het Gemeentelijk archief (zie randnummer 67 MvE, pagina 23 onderaan). Opdrachtnemer wist dat er informatie ontbrak en had voordien ruimschoots de tijd deze informatie op te vragen. De aanbestedingsprocedure heeft twee jaar geduurd en er zijn drie dialoogrondes geweest. Opdrachtnemer stelde ter zitting dat zij aan G. heeft gevraagd om het palenplan, aangezien alle onderzoeksresultaten gedeeld zouden worden met de andere deelnemers (level playing field). Zij heeft naar eigen zeggen echter geen antwoord van G. gekregen. Naar het oordeel van arbiters mocht van Opdrachtnemer worden verwacht dat zij zou navragen, te meer nu de Gemeente terughoudend was met het verstrekken van informatie. Uiteindelijk geldt ook hier dat de Gemeente niet instaat voor de volledigheid van de verstrekte informatie en vrijkomende materialen voor rekening en risico van Opdrachtnemer zijn,

zoals verwoord in artikel 8.1 van de Basisovereenkomst, annex V en annex X. De conclusie moet dan ook zijn dat deze vordering eveneens dient te worden afgewezen.

Vervuilde obstakels (€ 326.798,43) en VTW 253 (sanering) € 1.452.227,00

Standpunten van partijen ten aanzien van vervuilde obstakels

38. Opdrachtnemer baseert haar vordering in verband met de aanwezigheid van vervuilde obstakels *primair* op paragraaf 44 lid 1 sub a juncto paragraaf 13 lid 5, *subsidiair* op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 2 en *meer subsidiair* op paragraaf 44 lid 1 sub b juncto paragraaf 3 lid 1 sub b UAV-GC 2005 (randnummer 213 MvA).
39. Ten aanzien van de vervuilde obstakels verwijst Opdrachtnemer in randnummer 150 MvR naar haar standpunten inzake annex X zoals verwoord in randnummers 51 tot en met 64 MvR, met als aanvulling dat de situatie onder het D.-gebouw valt onder een aanspraak ex paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005.
40. Opdrachtnemer stelt dat het beroep van de Gemeente op annex X van paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 een dwaalspoor is. De gemeente heeft eigenlijk het risico van paragraaf 13 lid 4 en 5 UAV-GC 2005 willen exoneren, maar in annex X is de tekst van paragraaf 13 lid 4 UAV-GC niet aangepast. Die bepaling geldt volgens haar dus onverkort.
41. De Gemeente stelt dat paragraaf 13 lid 4 UAV-GC niet van toepassing is omdat in artikel 3.2 van de Basisovereenkomst een rangorde is opgenomen op grond waarvan de inhoud van de Basisovereenkomst, de vraagspecificatie en de annexen prevaleert boven de UAV-GC 2005 (zie randnummers 215 t/m 222 MvA en randnummer 247 MvD).

Standpunten van partijen ten aanzien van VTW 253 (sanering)

42. VTW 253 is onderverdeeld in 17 VTW's (VTW 253 Algemeen en VTW 253.1 tot en met VTW 253.16).
43. Tussen partijen is niet in geschil dat bekend was dat de grond onder het bouwterrein zwaar vervuild was tot een diepte van zes tot zeven meter (productie 14). De sanering was onderdeel van de opdracht.

44. Opdrachtnemer stelt dat tijdens de werkzaamheden bleek dat a) de mobiele verontreiniging dieper en groter was dan bleek uit de aan haar verstrekte informatie en buiten de contouren viel van het besluit 'Vaststelling ernst en spoedeisendheid H.' en b) dat ook de immobiele verontreiniging dieper en groter was dan voorzien. Een en ander heeft geleid tot diverse beheersmaatregelen en inefficiëntie. Zij beroept zich ter zake primair op paragraaf 13 UAV-GC 2005 (zie randnummer 167 MvR).
45. De gemeente voert ook op dit punt als verweer aan dat partijen uitdrukkelijk hebben onderhandeld over de risicoverdeling met betrekking tot de aanwezigheid van bodemverontreiniging (en ondergrondse obstakels en asbest) en Opdrachtnemer ervoor heeft gekozen haar inschrijving in te dienen, waarbij zij tevens tegenvallers accepteerde, behoudens in geval van onjuiste informatie afkomstig van de Gemeente. De Gemeente heeft er bij herhaling op gewezen dat zij niet wist of de verstrekte informatie volledig was. Ter zake van de ondergrond van het D.-gebouw heeft zij zelfs expliciet verklaard dat dienaangaande geen informatie beschikbaar was. Dit was nu juist ook de strekking van de wijzigingen en aanvullingen met betrekking tot paragraaf 3 lid 2 UAV-GC 2005 die de Gemeente in annex X bij de Vraagspecificatie heeft doorgevoerd en waarover partijen tijdens de Aanbesteding uitgebreid hebben gediscussieerd. Blijkens haar inschrijving ging Opdrachtnemer uit van de noodzaak van nader onderzoek naar de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het D.-gebouw. De Gemeente had een ontwerpvergoeding van € 105.000,00 ter beschikking gesteld die hiervoor door Opdrachtnemer had kunnen worden aangewend. Gedurende de Dialoog is Opdrachtnemer bij herhaling in de gelegenheid gesteld om nader onderzoek te verrichten naar de aanwezigheid van ondergrondse obstakels en bodemverontreiniging, maar ondanks de daartoe geboden mogelijkheden en het feit dat de Aanbesteding circa twee jaar heeft geduurd, heeft Opdrachtnemer ervoor gekozen om deze onderzoeken pas na gunning uit te laten voeren. Medio 2012 had Opdrachtnemer nog aangegeven een bedrag van € 1.500.000,00 te zullen reserveren in verband met de onzekerheden met betrekking tot de omvang van de saneringsopgave. Deze door Opdrachtnemer zelf genoemde onzekerheidsmarge is groter dan het totaalbedrag aan saneringskosten dat zij uiteindelijk in haar inschrijving heeft opgenomen. Ook heeft Opdrachtnemer in haar elementenbegroting (productie 138) in de staartkosten geen bedrag voor onvoorziene omstandigheden en/of W&R opgenomen,

Opdrachtnemer heeft er derhalve welbewust voor gekozen om geen enkele risicovoorziening in haar inschrijfbegroting op te nemen, wetende dat er juist aanzienlijke risico's op tegenvallers in de bouwrijpfase waren. Een en ander leidt, aldus de Gemeente, tot de conclusie dat aannemelijk is dat Opdrachtnemer in haar inschrijving onvoldoende rekening heeft gehouden met de omvang van de noodzakelijke sanerings- en verwijderingswerkzaamheden. De kosten die zij thans presenteert als tegenvallers zijn naar de mening van de Gemeente derhalve geen tegenvallers tijdens de uitvoering, maar de voor Opdrachtnemer kenbare gevolgen van ten tijde van de inschrijving ten onrechte doorgevoerde bezuinigingen, welke voor rekening en risico van Opdrachtnemer behoren te komen. Tot zover het verweer van de Gemeente.

46. Opdrachtnemer handhaaft haar beroep op paragraaf 13 UAV-GC 2005. Zij betwist dat er onderhandelingen over de bodemverontreinigingen hebben plaatsgevonden (randnummer 50 MvR). Zij heeft in de derde dialoogronde aangegeven dat zij het onredelijk vond dat de risico's van de afstemming van de werkzaamheden op de bodemgesteldheid (waaronder die onder het D.-gebouw) bij haar neergelegd zijn. De Gemeente wilde de contractueel bepaalde risicoverdeling echter handhaven.
47. Opdrachtnemer verwijst voor wat betreft de (on)mogelijkheid van onderzoek onder het D.-gebouw naar het gestelde onder randnummers 65 tot en met 73 MvR. De Gemeente heeft aangegeven dat er geen informatie was over de situatie onder het D.-gebouw en dat daar niet geboord kon worden. Een bruikbare oplossing waardoor onderzoek zonder kans op schade en lekkage mogelijk was kon Opdrachtnemer niet aandragen. Daarom heeft Opdrachtnemer een extra marge opgenomen in haar saneringsplan voor wat betreft de locatie van het D.-gebouw. Ook G. (een van de andere inschrijvers) heeft dit onderzoek (kenmerkend) niet gedaan.
48. Tot zover de standpunten van partijen.
49. Arbiters gaan eerst in op de vraag of paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005 van toepassing is.
50. Paragraaf 13 lid 4 UAV-GC 2005 bepaalt dat de Opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor verontreiniging die tijdens de uitvoering van de Werkzaamheden

wordt aangetroffen op, in of onder het bouwterrein. De Opdrachtgever kan de Opdrachtnemer opdragen de aangetroffen verontreiniging te verwijderen, hetzij in de Vraagspecificatie, hetzij door middel van een Wijziging als bedoeld in paragraaf 14 lid 1.

51. De achtergrond van paragraaf 13 ('Bodemaspecten') is dat bij de realisatie van werken in Nederland de bodem in het algemeen als een van de belangrijkste risicofactoren wordt beschouwd en een afzonderlijke regeling in de UAV-GC 2005 van de problemen die zich daarbij kunnen voordoen wenselijk wordt geacht (zie: Toelichting bij Model Basisovereenkomst en UAV-GC 2005).
52. Arbiters stellen voorop dat paragraaf 13 UAV-GC 2005 een algemene bepaling is en artikel 8.1 van de Basisovereenkomst (in samenhang met annex V en annex X) een op de overeenkomst toegespitste bepaling die het kader bepaalt waarbinnen paragraaf 13 UAV-GC 2005 wordt toegepast. Met andere woorden: paragraaf 13 UAV-GC 2005 dient te worden toegepast op de feitelijk ingevulde overeenkomst, met als consequentie dat de werking beperkt is tot datgene waarvoor de Gemeente verantwoordelijk is, te weten onjuiste informatie. In dit verband zij vermeld dat de Gemeente heeft aangegeven dat zij paragraaf 13 UAV-GC 2005 niet heeft willen uitsluiten omdat zij wel het risico wilde dragen van onjuiste informatie.
53. In de overeenkomst is voorzien in de mogelijkheid dat er vervuilde obstakels zouden zijn (artikel 1.5 annex V). Voor de vervuilde obstakels geldt hetzelfde als voor de schone obstakels, te weten dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de informatie niet volledig was en tegenvallers voor haar rekening en risico zouden zijn. De contouren van mobiele en immobiele verontreiniging (productie 20) zijn gebaseerd op grondonderzoeken. De punten waar vervuiling is aangetroffen zijn met elkaar verbonden. Ook buiten die contouren is onderzoek gedaan, maar daar zijn deze verontreinigingen niet vastgesteld (zie productie 17). Naar het oordeel van arbiters mocht Opdrachtnemer er niet vanuit gaan dat de verontreinigingen volledig in beeld waren gebracht. Daar waren meer boringen voor vereist. Ook hier geldt dat het onderzoek beperkt was, maar niet onjuist. Opdrachtnemer heeft ten onrechte geen rekening gehouden met tegenvallers en haar aanvankelijke reservering van

€ 1.500.000,00 geschrapt. Zij kan de gevolgen daarvan niet op de Gemeente afwentelen. De vorderingen worden afgewezen.

VTW 272 (afwijking saneringsplan) € 144.013,32

54. Opdrachtnemer stelt dat er naast de saneringswerkzaamheden die opgenomen zijn in VTW 243 en VTW 253 nog andere verontreinigingen in de bodem aanwezig waren die ook gesaneerd moesten worden om te voldoen aan de saneringsdoelstelling conform het vergunde saneringsplan. Opdrachtnemer vordert vergoeding van 1) de meerkosten van grondverdringende palen ter plaatse van de inrit naar de parkeergarage, 2) de uitgevoerde sanering ter plaatse van vak J bij de H. en 3) de uitgevoerde sanering ter plaatse van de rest van de inrit (productie 155).
55. Arbiters zien geen grond voor toewijzing van deze vordering. Toepassing van grondverdringende palen was een eigen keuze van Opdrachtnemer en voor het overige geldt ook hier dat Opdrachtnemer er rekening mee had moeten houden dat de informatie niet volledig was en tegenvallers voor haar rekening en risico zouden zijn.

VTW 273 (planningsconsequenties na 3 december 2014) € 425.568,69

56. Deze vordering volgt het lot van de vorderingen met betrekking tot de obstakels en sanering en dient te worden afgewezen.

Kosten Royal Haskoning (auditrapporten) en De Bont (bemiddeling)

57. Hetgeen hierboven is overwogen onder rechtsoverweging 56 geldt ook hier.
58. De overige stellingen van partijen kunnen onbesproken blijven.

de proceskosten en overige vorderingen

59. Nu Opdrachtnemer in het ongelijk is gesteld, dient zij de proceskosten te dragen. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 93.865,70 bedragen (waarvan € 16.268,70 aan btw) en zijn verrekend met de door Opdrachtnemer gedane stortingen.
60. Arbiters bepalen de door Opdrachtnemer te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van de Gemeente met inachtneming van de Leidraad

vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 15.000,00 (twee memories (2 punten) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 5 punten x € 3.000,00 (tarief VII) = € 15.000,00).

61. Ter verrekening van de proceskosten moet Opdrachtnemer dus aan de Gemeente € 15.000,00 betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente wanneer dit bedrag niet binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis is voldaan.
62. De proceskostenveroordeling zal, zoals gevorderd door de Gemeente, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

WIJZEN de vorderingen AF;

VEROORDELEN Opdrachtnemer binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis ter verrekening van de proceskosten aan de Gemeente te betalen € 15.000,00 (vijftienduizend euro), indien betaling van dit bedrag niet binnen veertien dagen plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de vijftiende dag na datum vonnis;

VERKLAREN de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Gewezen te Amsterdam, 6 november 2019

w.g. M.A.B. Chao-Duivis
36364

w.g. P.J.H.H.M. Vos

w.g. H.H.M. Witteveen